



ÚLFLJÓTUR

VEFRIT

EFTA-dómstóllinn og lýðræðishalli –

svar við grein Eyvindar G. Gunnarssonar og Stefáns Más Stefánssonar

Eftir Ólaf Jóhannes Einarsson, ritara EFTA-dómstólsins

Efnisyfirlit

1	Inngangur	3
2	Lýðræðishalli	3
3	Gagnrýni á dóma EFTA-dómstólsins í kjötmálunum	5
3.1	Túlkun á 18. gr. EES	5
3.2	Staða EES-samningsins við undirritun og útvíkkun hans	7
3.3	Réttur ESB-ríkja til verndarráðstafana	8
3.4	Framsækin lögskýring?	9
4	Lokaorð	9
	HEIMILDASKRÁ	10

Ágrip

Grein þessi er svar við þeirri gagnrýni sem sett var fram á dóma EFTA-dómstólsins í svonefndum kjötmálum í grein Eyvindar G. Gunnarssonar og Stefáns Más Stefánssonar. Halda þeir því fram að túlkun dómstólsins sé framsækin og hafi leitt til ófyrirséðs lýðræðishalla. Að mati greinarhöfundar er þessi gagnrýni ekki á rökum reist og eru sjónarmið greinarhöfundar í stuttu máli eftirfarandi. Er þar í fyrsta lagi að nefna, að niðurstaða dómstólsins byggist fyrst og fremst á túlkun á tilskipun 89/662/EB og eru því breytingar á frumrétti ESB henni ótengdar. Taldist innflutningsleyfiskerfið til dýraheilbrigðiseftirlits í skilningi tilskipunarinnar og gekk lengra en gistiríki var heimilt samkvæmt henni. Í öðru lagi er túlkun EFTA-dómstólsins á 18. gr. EES-samningsins í samræmi við orðalag ákvæðisins og fræðileg viðhorf til skýringar á henni. Í þriðja lagi er ekki unnt að telja að samanburður við heimildir ESB-ríkja samkvæmt 4. – 6. mgr. 114. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins hafi nokkra þýðingu í þessu samhengi. Í fjórða lagi er ekki rétt að vísa til þess hver réttarstaðan hafi verið við gildistöku EES-samningsins þar sem að Ísland og Noregur samþykktu árið 2007 að taka reglur matvælalöggjafar ESB upp í samninginn.

Abstract

This article is a response to the criticism put forward by Eyvindur G. Gunnarsson and Stefán Már Stefánsson against the judgments of the EFTA Court in the so-called meat cases. They maintain that the Court's interpretation is dynamic and has led to an unforeseen democratic deficit. The present writer does not subscribe to this criticism and briefly put the main reasons are the following. First, the conclusion of the Court is first and foremost based on the interpretation of Directive 89/662/EU and accordingly changes to EU primary law are irrelevant. The system of import licences constituted a veterinary check for the purposes of the directive and went further than a host State was permitted under the terms of the directive. Second, the EFTA Court's interpretation of Article 18 EEA was in line with its wording and the prevailing views in legal theory. Third, a comparison with the derogation possibilities available to the EU Member States according to paragraphs 4-6 of Article 114 TFEU was without significance. Fourth, referring to the legal situation at time of the entry into force of the EEA Agreement overlooked that Iceland and Norway had in 2007 agreed to incorporate the EU food law into the EEA Agreement.

1 Inngangur

Á vormánuðum kom út grein á þessum vettvangi eftir þá Eyvind G. Gunnarsson, prófessor, og Stefán Má Stefánsson, prófessor, sem ber heitið *EFTA-dómstóllinn í ljósi lýðræðishalla*.¹ Í inngangi að þeirri grein segir, að skyldu til einsleitni á grundvelli samningsins um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningsins), sbr. lög nr. 2/1993, séu takmörk sett m.a. vegna þess að frumréttur ESB hefur tekið mikilvægum breytingum í samræmi við stjórnskipunarreglur aðildarríkja ESB sem eiga sér enga samsvörun í EES-rétti.² Af þeim sökum telja greinarhöfundar að augljós hættu sé á því að felli EFTA-dómstóllinn dóma á grundvelli mjög framsækinna lagatúlkunar geti myndast lýðræðishalli sem felist í því að aðildarríki ESB áttu þess kost að taka afstöðu til tiltekinna lagaákvæða frumréttar eða breytinga en ekki EFTA-ríkin.

Í áður nefndri grein er fjallað um tvo dóma EFTA-dómstólsins þar sem höfundar telja að halda megi því fram að framsækin lagatúlkun hafi leitt af sér ákveðnar ógöngur. Dómar þeir sem höfundar gera að umtalsefni í þessu sambandi varða í raun sama sakarefnið, þ.e. hvort innflutningsleyfi sem íslensk lög gera kröfu um vegna innflutnings á kjöti og öðrum landbúnaðarafurðum samrýmist skuldbindingum Íslands samkvæmt EES-samningnum.³

Í grein þessari er því haldið fram að sú gagnrýni sem þeir setja fram á hendur EFTA-dómstólnum vegna þessara tilteknu dómsmála eigi ekki rétt á sér, að niðurstaða dómsins geti vart talist framsækin og að ekki sé rétt að nefna hana í umræðu um lýðræðishalla samkvæmt EES-samningnum. Verður fyrst gerð grein fyrir því hvað felst í slíkum lýðræðishalla og eins rakin dæmi um þau flóknu álitaefni sem EFTA-dómstóllinn hefur þurft að leysa úr vegna þess að breytingar hafa verið gerðar á frumrétti ESB án þess að samsvarandi breytingar hafi verið gerðar á EES-samningnum. Þessu næst verður rakið að þau dómsmál sem greinarhöfundar gera að umtalsefni snerust ekki um beitingu frumréttar EES heldur afleiddrar löggjafar, sem Ísland og Noregur höfðu bæði samþykkt að taka inn í samninginn. Að síðustu er vikið að þeim ákvæðum sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins sem vísað er til og því haldið fram að niðurstaða EFTA-dómstólsins, um að ekki sé unnt að bera saman ESB-rétt og EES-rétt að þessu leyti, sé fyllilega réttmæt.

2 Lýðræðishalli

Mikið hefur verið rætt og ritað um lýðræðishalla innan Evrópusambandsins en í þessari stuttu grein verður ekki fjallað um það álitaefni.⁴ Sú umræða sem átt hefur sér stað um lýðræðishalla innan Evrópusambandsins á hins vegar ekki síður við um EES og hafa sumir reyndar talað um tvöfaldan lýðræðishalla innan EES þar sem EFTA-ríkin hafa mjög takmarkaða möguleika til að hafa áhrif á þá löggjöf sem sett er á vegum ESB og kemur svo inn í EES-samninginn með ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar.⁵ Í hinni ítarlegu úttekt sem gerð var á stöðu Noregs í Evrópusamstarfinu, *Innenfor*

¹ Rétt er að taka fram að höfundur var framkvæmdastjóri innra markaðssviðs ESA þegar stofnunin tók ákvarðanir í því samningsbrotamáli sem fjallað er um í greininni. Eins hefur hann veitt Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytinu ráðgjöf vegna álitaefna tengdum þessum dómsmálum. Greinin endurspeglar einungis persónulega afstöðu höfundar.

² Sjá vefslóðina: <https://ulfljotur.com/2018/04/10/efta-domstollinn-i-ljosi-hydraedishalla/>.

³ Um fyrri dóminn er ítarlega fjallað í Ólafur Jóhannes Einarsson: „Á rökum reistur – Dómur EFTA-dómstólsins í máli nr. E-17/15 Ferskar Kjöttvörur gegn íslenska ríkinu“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl. 2017, bls. 169-196.

⁴ Sjá t.d. Paul Craig: *The Lisbon Treaty Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford University Press 2010, bls. 71-75.

⁵ Má hér t.d. vísa til ræðu Halldórs Ásgrímssonar, þáverandi utanríkisráðherra, frá 2003 en þar sagði hann: „Það er þetta fyrirkomulag sem Dianne Wallis, þingmaður á Evrópuþinginu, hefur nefnt tvöfaldan lýðræðishalla. Ákvarðanir innan Evrópusambandsins eru vissulega teknar með ófullkomnum hætti út frá lýðræðislegu sjónarmiði og því er lýðræðishalli við

og *Utenfor*, er t.d. að finna athyglisverða umfjöllun um þá lýðræðislegu vankanta sem eru á EES-samningnum.⁶

Í áður nefndri grein Eyvindar og Stefáns Más er hugtakið lýðræðishalli notað í annarri merkingu. Að þeirra mati getur frjálsleg túlkun EFTA-dómstólsins á ESB-gerðum, sérstaklega á þeim sviðum þar sem breyting hefur orðið á frumrétti ESB frá því að EES-samningurinn var undirritaður og á sviðum sem að öllu verulegu leyti falla utan samningsins, leitt til ófyrirséðs lýðræðishalla. Með þessu vísa þeir til þess að réttarástandi, sem gengið var út frá við undirritun EES sé vikið til hliðar og komið á nýju réttarástandi sem enginn gat átt von á.⁷

Deila má um hvort rétt sé nota hugtakið lýðræðishalla til að lýsa þessu fyrirbrigði en það er hins vegar ekki aðalatriðið í þessu samhengi. Ótvírætt er að breytingar á frumrétti ESB, sem ekki eru endurspeglaðar í EES-samningnum, en meginmáli hans hefur aldrei verið breytt, hafa leitt af sér flókin álitaefni. Það hefur því komið í hlut EFTA-dómstólsins að leysa úr málum sem leiða af þessu misræmi í þróun ESB- og EES-réttar. Þegar í upphafi aldarinnar vísuðu Ísland og Noregur til breytinga sem gerðar höfðu verið á Rómarsáttmálanum því til stuðnings að löggjöf sem haldið var fram að væri brotleg gegn ákvæðum EES-samningsins væri réttlætun.⁸ EFTA-dómstóllinn hafnaði því afdráttarlaust að hægt væri með lagatúlkun að komast að þeirri niðurstöðu að sambærilegar reglur giltu innan EES. Sagði dómstóllinn að hann teldi það ekki samræmast réttilegri meðferð dómsvalds að leitast við að færa út gildissvið EES-samningsins á þeim grundvelli að byggja á ákvæði hliðstæðu því sem sett hafði verið með Amsterdamsáttmálanum.⁹

Nýlega hefur EFTA-dómstóllinn þurft að glíma við túlkun á hinni svonefndu sambandsborgaratilskipun 2004/38 en hún var tekin upp í EES-samninginn án nokkurra efnislegra aðlagana¹⁰ þrátt fyrir að í EES-samningnum sé ekki að finna nokkur ákvæði sem eru sambærileg ákvæðum 20. og 21. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins, þar sem kveðið er á um sambandsborgarétt.¹¹ Væntanlega kemur ekki á óvart að þessi ankannalega aðstaða hefur haft í för með sér að EFTA-dómstóllinn hefur þurft að glíma við margslungnar spurningar um beitingu tilskipunarinnar innan EES.

Í tveimur málum hefur EFTA-dómstóllinn þurft að svara þeirri spurningu hvort unnt sé túlka 7. gr. tilskipunarinnar þannig að hún veiti EES-borgurum ekki einungis rétt gegn gistiríki þeirra heldur einnig heimaríkinu. Evrópudómstóllinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að nefnt ákvæði tilskipunarinnar leggi einungis skyldur á gistiríkið en samband viðkomandi og heimaríkis þeirra ráðist af 20. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins, sem eins og áður sagði á sér enga hliðstæðu í EES-rétti.¹² EFTA-dómstóllinn hefur talið að þrátt fyrir þessa niðurstöðu Evrópudómstólsins sé rétt að túlka

innleiðingu þeirra innan ESB. Þegar þessar ákvarðanir eru svo teknar upp í íslenskan rétt, án nokkurrar lýðræðislegrar aðkomu af Íslands hálfu, er sá lýðræðishalli tvöfaldur.“ <https://www.stjornarradid.is/efst-a-baugi/frettir/stok-frett/2003/03/18/Fullveldid-og-lydraedishallinn-i-EES/>.

⁶ Skýrslan er aðgengileg á eftirfarandi vefslóð og má t.d. vísa til kafla 27.4.3,

<https://www.regjeringen.no/contentassets/5d3982d042a2472eb1b20639cd8b2341/no/pdfs/nou201220120002000dddpdfs.pdf>

⁷ Kafli 1 í áður nefndri grein Eyvindar og Stefáns Más.

⁸ EFTAD, mál E-1/01 (Hörður Einarsson) og mál E-1/02 (ESA gegn Noregi).

⁹ EFTAD, mál E-1/01 (Hörður Einarsson), mgr. 45.

¹⁰ Rétt er að geta þess að við upptöku tilskipunarinnar í EES-samninginn gáfu samningsaðilar út sameiginlega yfirlýsingu þar sem m.a. kemur fram að í EES-samningnum sé ekki að finna nein ákvæði sambærileg ákvæðum Rómarsáttmálans um sambandsborgarétt og að í EES-samningnum séu engin ákvæði um stjórn mála eða réttindi borgara. Eins segir þar, að samningsaðilar séu sammála um að EES-samningurinn taki ekki til stefnu í málafnum innflytjenda.

¹¹ Jóhanna Jónsdóttir, *Europeanization and the European Economic Area*, Routledge 2013, bls. 96-112.

¹² EBD, mál C-456/12 (O og B).

nefnda grein sambandsborgaratilskipunarinnar innan EES þannig að hún eigi einnig við gagnvart heimaríkinu.¹³ Eins og nær má geta sýnist sitt hverjum um þessa niðurstöðu EFTA-dómstólsins en ekki er tilefni til þess að fara nánar út í þá sálma hér.¹⁴ Eru þessir dómur einungis nefndir til vitnis um þær flækjur sem geta komið til vegna þess að engar breytingar hafa verið gerðar á meginmáli EES-samningsins í meira en aldarfjórðung og þar er ekki að finna samsvarandi ákvæði og í sáttmálanum um starfshætti Evrópusambandsins.

3 Gagnrýni á dóma EFTA-dómstólsins í kjötmálunum

Samhengisins vegna er rétt að gera örstutta grein fyrir því um hvað kjötmálin snerust og hver niðurstaða EFTA-dómstólsins var.¹⁵ Samkvæmt 10. gr. laga nr. 25/1993, um dýrasjúkdóma og varnir gegn þeim, er óheimilt að flytja til landsins m.a. kjöt, egg, mjólkurafurðir o.fl. Þó er heimilt að veita undanþágur frá þessu banni, sbr. ákvæði reglugerðar nr. 448/2012 um varnir gegn því að dýrasjúkdómar og sýktar afurðir berist til landsins, og er Matvælastofnun (MAST) falið að veita slíkar undanþágur. Í reglugerðinni er einnig mælt fyrir um þau skilyrði sem vörur þurfa að uppfylla til þess að fá slíka undanþágu. EFTA-dómstóllinn taldi að þetta leyfiskerfi væri ekki í samræmi við 5. gr. tilskipunar 89/662/EB um dýraheilbrigðiseftirlit í viðskiptum innan bandalagsins til að stuðla að því að hinum innri markaði verði komið á. Taldi dómstóllinn að hið íslenska leyfiskerfi fæli í sér dýraheilbrigðiseftirlit í skilningi tilskipunarinnar og gengi lengra en innflutningsríki væri heimilað samkvæmt ákvæðum tilskipunarinnar. Meginregla tilskipunarinnar er sú að dýraheilbrigðiseftirlit skuli fara fram í upprunaríki.

3.1 Túlkun á 18. gr. EES

Svo vikið sé að gagnrýni þeirra Eyvindar og Stefáns Más þá beinist fyrsti hluti hennar að því að EFTA-dómstóllinn hafi ranglega túlkað ákvæði 18. gr. EES-samningsins. Ákvæðið er svohljóðandi: „Með fyrirvara um sérstakt fyrirkomulag varðandi viðskipti með landbúnaðarafurðir skulu samningsaðilar tryggja að fyrirkomulaginu, sem kveðið er á um í 17. gr. og a- og b-lið 23. gr. varðandi aðrar vörur en þær er heyra undir 3. mgr. 8. gr., verði ekki stofnað í hættu vegna annarra tæknilegra viðskiptahindrana. Ákvæði 13. gr. skulu gilda.“

Áður en lengra er haldið við útlistun á 18. gr. EES-samningsins er rétt til skilningsauka að víkja stuttlega að öðrum ákvæðum samningsins sem þessu álitaefni tengjast. Í 3. mgr. 8. gr. samningsins er fjallað um til hvaða vara samningurinn taki og af þessu ákvæði leiðir, að almennt falla landbúnaðarafurðir ekki undir ákvæði samningsins. Í ljósi hinnar viðamiklu löggjafar sem nú er að finna í I. viðauka samningsins hefur vitaskuld dregið úr þýðingu þessa ákvæðis. Engu að síður er ljóst að t.d. 11. gr. EES um frjálsa vöruflutninga tekur ekki til landbúnaðarafurða. Kemur þá til kasta 18. gr. samningsins þegar ákvæðum afleiddrar löggjafar sleppir en eins og þar segir tekur til hún þeirra vara sem eru utan vörusviðs samningsins. Í *Pedicele* hafnaði EFTA-dómstóllinn því að hugtakið „aðrar tæknilegar hindranir“ í 18. gr.

¹³ EFTAD, mál E-26/13 (*Atli Gunnarsson*) og EFTAD, mál E-28/15 (*Yankuba Jabbi*).

¹⁴ Sjá t.d. Pål Wennerås í *Agreement on the European Economic Area A Commentary*, bls. 241-245; og Ólaf Jóhannes Einarsson í *Agreement on the European Economic Area. A Commentary*, bls. 416-420.

¹⁵ EFTAD, mál E-17/15 (*Ferskar kjötvörur*); EFTAD, sameinuð mál E-2-3/17 (*ESA gegn Íslandi*). Fyrri málið var beiðni um ráðgefandi álit frá héraðsdómi Reykjavíkur en hið síðara var samningsbrotamál sem Eftirlitsstofnun EFTA hafði höfðað á hendur Íslandi.

bæri að skýra á sama hátt og ráðstafanir sem hafa samsvarandi áhrif og magntakmarkanir, sbr. 11. gr. EES.¹⁶ Að síðustu ber að nefna að 13. gr. heimilar EES-ríkjum að viðhalda skerðingum á frjálsum vöruflutningum að því tilskildu að slíkt byggi á lögmætu markmiði, eins og t.d. vernd lýðheilsu, og samrýmist meðalhófsreglu.

Rétt er að hafa í huga að ákvæði 18. gr. EES-samningsins á sér enga samsvörun í ESB-rétti, enda er því einungis ætlað að gilda um þær vörur sem falla utan hinna almennu reglna EES-samningsins um frjálsa vöruflutninga. Kemur því ekki til álita að gagnrýna túlkun EFTA-dómstólsins á þessu ákvæði á þeim grundvelli að breytingar hafi orðið á frumrétti ESB.

Í báðum þessum dómum taldi EFTA-dómstóllinn að þar sem tilskipun 89/662/EB mælti fyrir um hámarkssamræmingu á reglum um dýraheilbrigðiseftirlit væri ekki unnt að réttlæta reglur landsréttar með vísan til 13. gr. EES-samningsins. Er þetta í samræmi við áratuga dómaframkvæmd á sviði ESB- og EES-réttar. Í grein Eyvindar og Stefáns Más segir að EFTA-dómstóllinn hafi ekki tekið afstöðu til kjarna málsins, þ.e. hvort tilvísun 18. gr. EES-samningsins þýði að 13. gr. hans eigi ávallt að gilda. Eru þeir ósammála túlkun EFTA-dómstólsins á greininni og telja þeir rétt að skýra hana þannig að 13. gr. skuli ætíð gilda og gæti verið eðlilegt að aðrar og eftir atvikum auknar heilbrigðiskröfur gildi innan EES í ljósi þess að samningurinn gildir einungis að takmörkuðu leyti um landbúnaðarmál.

Erfitt er að fallast á að EFTA-dómstóllinn hafi ekki tekið afstöðu til kjarna málsins. Að mati greinarhöfundar felst skýr afstaða EFTA-dómstólsins til hans í þeim málsgreinum sem vitnað er til í margnefndri grein.¹⁷ Rekur EFTA-dómstóllinn að í tilskipun 89/662/EB felist full samræming á dýraheilbrigðiseftirliti og byggist kerfið á því að ítarleg skoðun í sendingarríkinu komi í stað reglulegs eftirlits á viðtökustað. Taldi dómstóllinn að þar sem um hámarkssamræmingu væri að ræða væri ekki unnt að vísa til 13. gr. EES-samningsins. Hafi verið talið að þetta væri ekki fyllilega ljóst, voru tekin af öll tvímæli í samningsbrotamálinu þar sem EFTA-dómstóllinn sagði: „the reference in Article 18 EEA to Article 13 EEA does not alter these conclusions since that reference does not make the latter provision applicable to instances where EEA legislation provides for exhaustive harmonisation.” Að mati greinarhöfundar getur því ekki leikið nokkur vafi á því að EFTA-dómstóllinn telur að einungis sé unnt að nota 13. gr. til að réttlæta ákvæði landsréttar þegar þau fela í sér aðrar tæknilegar hindranir í skilningi 18. gr. EES en ekki til að réttlæta brot gegn ákvæðum afleiddrar löggjafar. Er þessi túlkun á samspili 18. gr. og 13. gr. EES í samræmi við viðtekna dómaframkvæmd um tengsl fjórfrelsisákvæðanna og réttlættingarástæðna. Í ljósi þess að tilgangur 18. gr. EES er að hindra að settar verði tæknilegar viðskiptahindranir, þegar ákvæðum samræmdrar löggjafar sleppir, verður að telja rökrétt að hið sama gildi um samband hennar og 13. gr. Það hefði e.t.v. verið æskilegt ef EFTA-dómstóllinn hefði sagt berum orðum að enginn grundvöllur væri fyrir því að túlka 18. gr. með öðrum hætti, en varla getur dulist að sú er afstaða dómstólsins.

Vitaskuld er ekkert því til fyrirstöðu að gagnrýna hvernig EFTA-dómstóllinn túlkar 18. gr. EES. Hins vegar er erfitt að sjá hvernig sú túlkun feli í sér lýðræðishalla í þeim skilningi sem greinarhöfundar leggja í það hugtak, enda er samkvæmt framansögðu afar vandséð að hægt sé að halda því fram að dómstóllinn hafi túlkað tilskipun 89/662/EB þannig að hún breyti meginmáli EES-samningsins.

Niðurstaða EFTA-dómstólsins um að íslenska leyfiskerfið sé ekki í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar var fyrirsjáanleg, enda er hún að öllu leyti í samræmi við eldri dóm Evrópu dómstólsins um sænskt

¹⁶ EFTAD, mál E-4/04 (*Pedicel*), mgr. 27.

¹⁷ Er þar vísað til mgr. 65-66 og 76 í EFTAD, máli E-17/15 (*Ferskar kjötvörur*).

tilkynningarkerfi.¹⁸ Sú staðhæfing, að slíkt sé hæpið í ljósi þess grundvallarmunar sem er á ESB-rétti annars vegar og EES-rétti hins vegar, lítur fram hjá ítarlegri umfjöllun EFTA-dómstólsins um þann mun og rökstuðningi hans fyrir því að hann hafi ekki áhrif á túlkun tilskipunarinnar innan EES.¹⁹

Rétt er að leggja áherslu á að túlkun EFTA-dómstólsins er í samræmi við viðhorf sem sett hafa verið fram um túlkun á ákvæði 18. gr. EES í fræðilegri umfjöllun.²⁰ Einnig hefur Henrik Bull, dómari við Hæstarétt Noregs og fyrrverandi dómari við EFTA-dómstóllinn, fjallað um þá gagnrýni sem sett hafði verið fram á túlkun EFTA-dómstólsins á 18. gr. EES í máli *Ferskra kjötvara* í nýlegu riti um EES-samninginn en hún er samhljóða því sem segir í grein Eyvindar og Stefáns Más. Um túlkun 18. gr. EES segir hann: „The wording indicates that the last sentence referring to Art. 13 and thus the possibility of introducing measures justified by health concerns applies only to technical barriers to trade *other* than those covered by legal acts referred to in annexes and protocols mentioned in Arts. 17 and 23 (a) and (b). A different interpretation would seem to lead to that provision defeating the purpose of introducing into the EEA Agreement legal acts harmonising border control procedures for agricultural procedures.“²¹ [Áherslub. höfundar.] Eins og Bull segir þá hefði tilgangi samræmingar vart verið náð ef samkvæmt EES-samningnum væri ætíð mögulegt að réttlæta frekari takmarkanir á grundvelli 13. gr. EES. Einnig má velta því fyrir sér hversu líklegt það sé, að samningsaðilar hefðu samið um að slíkur grundvallarmunur væri á beitingu matvælaölggjafarinnar innan ESB annars vegar og EES hins vegar án þess að í nokkru hafi verið vikið að því í ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar þegar löggjöfin var tekin upp í EES-samninginn.

3.2 Staða EES-samningsins við undirritun og útvíkkun hans

Í grein Eyvindar og Stefáns Más er vísað til þess að ekki megi ganga lengra í túlkun EES-samningsins en ráða mátti af honum og forsendum hans eins og þær lágu fyrir við undirritun samningsins. Að mati greinarhöfundar standa ekki rök til þess að halda því fram, að samkvæmt EES-rétti beri að gera ráð fyrir því að ekki verði breyting á því réttarástandi sem var við undirritun samningsins. Birtist það skýrt í 1. gr. EES-samningsins þar sem segir að markmið hans sé að stuðla að *stöðugri og jafnri* eflingu viðskipta- og efnahagstengsla samningsaðila við sömu samkeppnisskilyrði og eftir sömu reglum með það fyrir augum að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði (EES). Í fjórða lið aðfararorða samningsins er einnig lögð áhersla á að EES skuli vera einsleitt. Í samræmi við þetta er samningurinn í stöðugri mótun þar sem fjölmargar nýjar gerðir eru teknar upp í hann á hverju ári, sbr. 102. gr. hans. Einnig ber EFTA-dómstólnum að taka tilhlýðilegt tillit til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins eftir undirritunardag hans eins og mælt er fyrir um í 2. mgr. 3. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls. Þrátt fyrir að orðalag greinarinnar sé ekki afdráttarlaust hefur það verið túlkað þannig af EFTA-dómstólnum að um skyldu sé að ræða til að túlka EES-samninginn í samræmi við dóma Evrópudómstólsins.²²

¹⁸ EBD, mál C-111/03 (*Framkvæmdastjórnin gegn Svíþjóð*).

¹⁹ EFTAD, mál E-17/15 (*Ferskar kjötvörur*), mgr. 41-50.

²⁰ Sven Norberg o.fl. *EEA Law a Commentary on the EEA Agreement*, bls. 358-359.

²¹ Henrik Bull í *Agreement on the European Economic Area A Commentary*, bls. 346.

²² EFTAD, mál E-9/07 og 10/07 (*L'Oreal*), mgr. 27-29. Því hefur verið hreyft að EFTA-dómstóllinn hafi horfið frá þeirri stefnu sem hann mótaði í *L'Oreal* í áðurnefndum dómi í *Jabbi*, sbr. sérstaklega mgr. 71. Ekki er þörf á því að kanna þetta frekar í þessari grein þar sem hvað sem öðru líður verður að telja ljóst að það er einungis í mjög sérstökum tilvikum þar sem EFTA-dómstóllinn telur rétt að víkja frá því að túlka EES-samninginn í samræmi við dóma Evrópudómstólsins, sjá t.d. Ólafur

Sjónarmið þess efnis, að líta beri til þess sem var í gildi við undirritun og/eða gildistöku EES eru auk þess óheppileg hvað varðar þær gerðir sem voru til athugunar í títtnefndum dómum EFTA-dómstólsins, sem og gerðir þeim tengdar. Stafar það af því að það var ekki fyrr en haustið 2007 að ákveðið var með ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 133-138/2007 að útvíkka gildissvið EES-samningsins að þessu leyti. Má eflaust deila um hvort slík útvíkkun hafi verið fyrirsjáanleg í upphafi en engan veginn er hægt að segja að þarna birtist lýðræðishalli, þar sem þetta var sameiginleg ákvörðun allra samningsaðila. Sé hins vegar talið að þær reglur sem þar er að finna séu ekki vel samrýmanlegar íslenskum hagsmunum ber að beina slíkri gagnrýni að íslenskum stjórnvöldum fremur en EFTA-dómstólnum.

3.3 Réttur ESB-ríkja til verndarráðstafana

Næst beina þeir Eyvindur og Stefán Már sjónum sínum að 114. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins en þeir telja að EFTA-dómstóllinn hafi ekki tekið tilhlýðilegt tillit til þeirra möguleika sem aðildarríki ESB hafa á grundvelli 4. – 6. mgr. þeirrar greinar til að viðhalda eða setja nýjar verndarráðstafanir. Leiði það til þess að enn frekari ástæða sé til að túlka 18. gr. EES þannig að 13. gr. hans skuli ætíð gilda. Er þessi gagnrýni að mestu leyti samhljóða því sem Stefán Már hafði áður haldið fram í grein sem birtist í *Lov og Rett*.²³ Finn Arnesen hefur rökstutt með sannfærandi hætti að sú gagnrýni sé ekki á rökum reist: „However, the basis for Stefánsson’s criticism rests, it is respectfully submitted, on a misconception. First, Art. (4) and (5) cannot be invoked in situations similar to the one in *Ferskar kjötvörur*. Second, Art. 97 can be understood to be the EEA solution to the situations envisaged in Art. 114 (4) and (5) TFEU.“²⁴

Röksemdum þessum var einnig haldið fram af hálfu Íslands í samningsbrotamálinu og hafnaði EFTA-dómstóllinn því að þær hefðu einhverja þýðingu fyrir úrslit málsins. Svar EFTA-dómstólsins var á þá leið, að vísa fyrst til þess að ákvæði 4. – 6. mgr. 114. gr. sáttmálans ættu sér enga hliðstæðu í EES-rétti og út af fyrir sig telur greinarhöfundur það eitt og sér nægileg rök til að svara þessari gagnrýni. Hins vegar bætti EFTA-dómstóllinn við að þessi ákvæði hefðu fyrst komið inn í sáttmálann þegar horfið var frá því að krefjast einróma samþykkis löggjafar í jafnríkum mæli og verið hafði raunin. Benti dómstóllinn réttilega á, að samkvæmt 93. gr. EES væru allar ákvarðanir sameiginlegu nefndarinnar teknar samhljóða og því gæti EFTA-ríki ekki verið bundið við gerð, sem það hefur ekki samþykkt og eins að sameiginlega nefndin hefði valdheimildir til að gera breytingar á gerðinni í ljósi aðstæðna í EFTA-ríki. Eins vísaði hann til þess að samkvæmt 97. gr. hefðu EFTA-ríkin innan þröngra marka heimild til lagasetningar á sviði samningsins að því tilskildu að sameiginlega EES-nefndin sé því samþykk.

Um gagnrýni þeirra Eyvinda og Stefáns Más á þessa niðurstöðu EFTA-dómstólsins vísar greinarhöfundur fyrst til tilvitnaðra ummæla Finn Arnesen, sem hann er fyllilega sammála. Í öðru lagi er undarlegt að í grein sem gagnrýnir EFTA-dómstóllinn frá sjónarhóli lýðræðishalla sé vísað á bug tilvísun hans til þess að EES-gerð geti ekki tekið gildi án þess að sérhvert EFTA-ríki hafi samþykkt hana og að sameiginlega EES-nefndin hafi heimildir til að gera breytingar ef aðilar eru sammála um slíkt. Má í þessu sambandi nefna að matvælalöggjöfin tók einungis til landbúnaðarafurða á Íslandi eftir að Ísland

Jóhannes Einarsson: „Á rökum reistur – Dómur EFTA-dómstólsins í máli nr. 17/15 (Ferskar Kjötvörur gegn íslenska ríkinu)“, bls. 190-192.

²³ Stefán Már Stefánsson „Bemærkninger til EFTA-domstolens dom i sag nr. E-17/15 Ferskar kjötvörur mod den islandske stat“, bls. 640.

²⁴ Finn Arnesen í *Agreement on the European Economic Area A Commentary*, bls. 337.

hafði samþykkt áðurnefndar ákvarðanir sameiginlegu nefndarinnar. Var þar einnig samið um ákveðnar undanþágur, sbr. t.d. heimild Íslands til að viðhalda banni við innflutningi á lifandi dýrum. Er nærtækt að álykta að lengra hafi ekki verið unnt að komast í því að fá aðra samningsaðila til þess að samþykkja sérreglur á grundvelli sérstöðu Íslands. Í þriðja lagi má nefna að ákvæði sambærileg 4. – 6. mgr. 114. gr. sáttmálans komu fyrst inn í Rómarsáttmálann við setningu Einingarlaga Evrópu þannig að þau voru í gildi þegar EES-samingurinn var saminn. Hefði samningsaðilum því verið í lófa lagið að taka þau upp í samninginn hefðu þeir talið að þau ættu þar heima.

Í fjórða lagi er vísað til þess í greininni, að aðildarríki geti sent tilkynningar til Framkvæmdastjórnarinnar á grundvelli 4. – 6. mgr. 114. gr. sáttmálans. Ekkert er vikið að því að Framkvæmdastjórnin þarf að samþykkja þessar tilkynningar til þess að þær öðlist gildi og það hvílir á viðkomandi aðildarríki að sýna fram á að reglur landsréttar tryggi betri vernd, t.d. lýðheilsu, en leiðir af hinni samræmdu löggjöf og eins að meðalhófsregla sé virt.²⁵ Verður því beitingu nefndra mgr. 114. gr. sáttmálans ekki jafnað til einhliða beitingar ákvæða 13. gr. EES-samningsins af hálfu EFTA-ríkis.

3.4 Framsækin lögskýring?

Að síðustu verður ekki komist hjá því að gera athugasemd við að í greininni er að mjög litlu leyti útskýrt að hvaða leyti EFTA-dómstóllinn á að hafa beitt framsækinni lögskýringu. Eins og áður var rakið er skýring dómstólsins á ákvæðum tilskipunar 89/662/EB í samræmi við dómafordæmi Evrópudómstólsins. Hvort sem menn telja rétt hjá EFTA-dómstólnum að vísa til þessa fordæmis verður ekki með nokkru móti talið að þetta sé framsækin lögskýring enda byggir hún fyrst og fremst á skýru orðalagi tilskipunarinnar. Svipaða sögu er að segja um túlkun EFTA-dómstólsins á 18. gr. EES-samningsins. Byggir hún á orðalagi ákvæðisins og er í samræmi við hefðbundinn skilning á samspili fjórfrelsisákvæðanna og réttlættingarástæðna. Er því t.d. engan veginn unnt að bera þá dóma, sem nefndir voru hér að framan, saman við dóma EFTA-dómstólsins um sambandsborgaratilskipunina.

4 Lokaorð

Þegar rætt er um lýðræðishalla í tengslum við EES-samninginn er oftast vísað til þeirrar takmörkuðu aðkomu sem EFTA-ríkin hafa þegar kemur að setningu þeirra reglna sem teknar eru upp í samninginn. Í grein Eyvindar og Stefáns Más er hugtakið notað m.a. til að lýsa þeim vandkvæðum sem kunna að koma upp við túlkun EES-samningsins vegna breytinga á frumrétti ESB, sem hafa ekki verið endurspegladur í EES. Er óumdeilt að sú aðstaða getur leitt til margslunginna álitaefna.

Hins vegar telur greinarhöfundur að ekki sé að hægt að halda því fram að dómar EFTA-dómstólsins um innflutningsleyfi á kjöti o.fl., sem þeir Eyvindur og Stefán Már gera að umtalsefni, falli í þennan flokk eða hafi leitt til ófyrirséðs lýðræðishalla. Að mati greinarhöfundar eru engin haldbær rök til þess að halda því fram að EFTA-dómstóllinn hafi horft fram hjá ákvæðum 18. gr. EES-samningsins í þessum dómum og þannig breytt EES-samningnum. Eins og segir hér að framan er túlkun dómstólsins á greininni í samræmi við orðalag hennar og hefðbundin viðhorf um tengsl fjórfrelsisákvæða og réttlættingarástæðna. Samanburður við ákvæði 114. gr. sáttmálans um starfshætti

²⁵ EBD, mál C-3/00 (Danmörk gegn Framkvæmdastjórninni); EBD, mál C-360/14P (Þýskaland gegn Framkvæmdastjórninni), mgr 33-36.

Evrópusambandsins á ekki rétt á sér og er ekki unnt að telja að sú grein leiði til þess að EFTA-ríkin geti réttlætt takmarkanir á borð við innflutningsleyfi á grundvelli 13. gr. EES-samningsins.

HEIMILDASKRÁ

Agreement on the European Economic Area. A Commentary. C.H. Beck, Hart, Nomos og Universitetsforlaget 2018.

Eyvindur G. Gunnarsson og Stefán Már Stefánsson: „EFTA-dómstóllinn í ljósi lýðræðishalla“. *Vefrit Úlfjólts*, <https://ulfljotur.com/2018/04/10/efta-domstollinn-i-ljosi-lydraedishalla/>.

Innenfor og Utenfor,

<https://www.regjeringen.no/contentassets/5d3982d042a2472eb1b20639cd8b2341/no/pdfs/nou201220120002000dddpdfs.pdf>.

Jóhanna Jónsdóttir: *Europeanization and the European Economic Area.* Routledge 2013.

Ólafur Jóhannes Einarsson: „Á rökum reistur – Dómur EFTA-dómstólsins í máli nr. 17/15 (Ferskar Kjötvörur gegn íslenska ríkinu)“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl. 2017, bls. 169-196.

Paul Craig: *The Lisbon Treaty Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford University Press 2010.

Stefán Már Stefánsson: „Bemærkninger til EFTA-domstolens dom i sag nr. E-17/15, Ferskar kjötvörur ehf. mod den islandske stat“. *Lov og Rett*, 10. tbl. 2016, bls. 640-645

Sven Norberg Karin Hökborg, Martin Johansson, Dan Eliasson og Lucien Dedichen: *EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement.* Fritzes 1993.